



Roj: **STSJ M 11364/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:11364**

Id Cendoj: **28079340012018100968**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2018**

Nº de Recurso: **514/2018**

Nº de Resolución: **1050/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34001360

NIG: 28.079.00.4-2017/0020090

Recurso número: 514/18

Sentencia número:1050/18

CE

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilma. Sra. D^a. ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

Ilmo. Sr. D. ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO

En la Villa de Madrid, a VEINTITRÉS DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECIOCHO, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 514/18, formalizado por el Sr/a. Letrado/a D^a. FUENCISLA GAMELLA PIZARRO, en nombre y representación de CALZADOS LAMOLLA, S.A. contra la sentencia dictada en fecha diez de noviembre de dos mil diecisiete, por el Juzgado de lo Social núm. 32 de MADRID, en sus autos núm. 472/17, seguidos a instancia de Dña. Adriana , frente a DISMODA-COMERCIO Y DISTRIBUCION y CALZADOS LAMOLLA, S.A., en reclamación por DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. DON ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO.- La actora ha prestado servicios contratada por la mercantil CALZADOS LAMOLLA, S.A en el centro de trabajo sito en calle Aeropuerto Barajas T2, L T 51 (28042) Madrid, con una antigüedad desde el día 01/02/2015, con la categoría profesional de Dependiente y con un salario bruto mensual de 1.223,30 € con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias, abonados mensualmente mediante transferencia bancaria.

SEGUNDO.- El 04 de febrero de 2017 la Dirección de Recursos Humanos de CALZADOS LAMOLLA, S.A comunicó al actor que a partir del 04 de marzo de 2017, debido a la pérdida de la titularidad de la concesión de la tienda, la trabajadora sería subrogada por la codemandada DISMODA-COMERCIO Y DISTRIBUCION, S.L.

TERCERO.- El 05 de Marzo de 2017 la actora cuando se personó en el centro de trabajo comprobó que estaba cerrado y el 07 de Marzo de 2017 remitió comunicación escrita por burofax a DISMODA-COMERCIO Y DISTRIBUCION, S.L. poniendo de manifiesto que se encontraba sin trabajo y sin poder tramitar la correspondiente prestación por desempleo al carecer de comunicación extintiva.

CUARTO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado durante el año anterior la calidad de Representante Legal de los Trabajadores.

QUINTO.- Con fecha 06 de Febrero de 2017 DISMODA-COMERCIO Y DISTRIBUCION, S.L, como arrendatario y AENA SA como arrendador celebraron contrato en el que consta que el arrendador sacó a licitación el expediente NUM000 con Título "Arrendamiento de un local destinado a la Explotación de una Actividad Comercial en la Terminal 2, Zona de Embarque, del Aeropuerto Adolfo Suárez- Madrid- Barajas" el 28/07/2016 y que el arrendatario (DISMODA-COMERCIO Y DISTRIBUCION, S.L.) resultó adjudicatario en virtud de la oferta presentada de conformidad con todos los requisitos previstos en el pliego. En el objeto del contrato figura que el arrendador arrienda al arrendatario el local descrito en el expositivo tercero entendiéndose por tal únicamente la superficie comprendida entre el eje de los muros o tabiques que separan el local de otras superficies del Aeropuerto o locales, la cara exterior de la fachada y la de los muros y tabiques que separen el local de las restantes superficies del Aeropuerto, y el límite del local con las superficies comunes del Aeropuerto cuando no exista muro, tabique o separación física, el arrendatario lo acepta en las condiciones pactadas en el contrato. El contrato entraba en vigor el día de su fecha. Y se hacía constar que el arrendatario destinaría el local para explotar directa, única y exclusivamente una actividad de calzado, complementos y bisutería y que el arrendatario tenía no solo el derecho, sino también la obligación, de realizar la actividad en el local durante toda la vigencia del contrato.

SEXTO.- El 20 de junio de 2017 se presentó en el registro OAC Barajas declaración responsable para obra de actividades comerciales por parte de DISMODA-COMERCIO Y DISTRIBUCION, S.L para el local Aeropuerto Adolfo Suárez- Barajas T2.

SÉPTIMO.- CALZADOS LAMOLLA, S.A comunicó la datos del hoy actora para que fuera subrogada por la codemandada (folio 144)

OCTAVO.- CALZADOS LAMOLLA, S.A comercializaba zapatos.

NOVENO.- DISMODA-COMERCIO Y DISTRIBUCION, S.L, solicitó licencia de obras el 20/06/2017 y abrió la tienda el 01/09/2017.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que con desestimación de la demanda presentada por D./Dña. Adriana contra DISMODA-COMERCIO Y DISTRIBUCION, S.L. debo absolver y absuelvo a la misma de las peticiones deducidas en su contra. Y con estimación de la demanda presentada por D./Dña. Adriana contra CALZADOS LAMOLLA, S.A debo declara improcedente el despido de la actora y debo condenar y condeno a tal empresa a optar en el plazo de cinco días entre readmitirla en las mismas condiciones que tenía antes del despido con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del mismo hasta la de notificación de la presente resolución a razón de 40,22 € al días o indemnizarle con la cantidad de 2.875,59 €".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CALZADOS LAMOLLA, S.A., formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.



QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 27 de abril de 2.018 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 7 de Noviembre de 2.018, señalándose el día 21 de Noviembre de 2.018 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por Calzados Lamolla SA frente a sentencia del juzgado de lo social nº 32 de Madrid por la que se estimó la demanda de la actora y se declaró la improcedencia del despido, condenándose en tales términos a Calzados Lamolla SA.

La sentencia recurrida declara probado que la actora ha venido prestando servicios por cuenta de Calzados Lamolla SA desde 1 febrero 2015, como Dependiente, en el establecimiento abierto por la citada empresa Calzados Lamolla SA en dependencias del aeropuerto de Barajas, concretamente en su Terminal 2.

Por la citada empresa Calzados Lamolla SA se participó a la actora que a partir del día 4 marzo 2007 pasaría a ser subrogada por Dismoda Comercio y Distribución SL, y ello como consecuencia de la pérdida de titularidad en la concesión de la tienda.

El día 5 marzo 2017, al personarse en el centro de trabajo, la actora comprobó que se encontraba cerrado.

Ante ello, dos días después (el día 7) la demandante remitió fax oficial a Dismoda Comercio y Distribución SL poniendo de manifiesto que se encontraba sin trabajo y sin poder tramitar prestación por desempleo al carecer de comunicación extintiva.

En relación con el establecimiento en que la demandante había venido prestando servicios por cuenta de Calzados Lamolla SA, dicho establecimiento fue arrendado por AENA a Dismoda Comercio y Distribución SL el 6 febrero 2017, de resultas de la licitación referida a "arrendamiento de un local destinado a la explotación de una actividad comercial en la Terminal 2", resultando adjudicataria Dismoda Comercio y Distribución SL.

En el objeto de dicho contrato de arrendamiento figuraba que AENA arrienda el local entendiendo por tal únicamente la superficie comprendida entre el eje de los muros o tabiques que separan el local de otras superficies del Aeropuerto, la cara exterior de la fachada y la de los muros y tabiques que separen el local de las restantes superficies del Aeropuerto.

Se hacía constar asimismo que el arrendatario destinaría el local para explotar una actividad de calzado, complementos y bisutería, asumiendo no solamente el derecho, sino también la obligación, de realizar la actividad en el local durante toda la vigencia del contrato.

En su fundamentación jurídica la sentencia recurrida considera que no cabe aplicar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores al no constar la existencia de una transmisión de medios materiales entre Calzados Lamolla SA y Dismoda Comercio y Distribución SL.

Por otro lado, considera también la sentencia recurrida que no es de aplicación del artículo 35 del Acuerdo Marco del Comercio, sino que debe aplicarse el convenio colectivo referente al comercio textil o al comercio de la piel de la Comunidad de Madrid.

El recurso de suplicación ha sido impugnado por Dismoda Comercio y Distribución SL mediante escrito presentado el 6 marzo 2018 y por la parte actora mediante escrito presentado el 15 marzo 2018.

SEGUNDO.- Como único motivo de recurso, por la vía del apartado c) del art. 193 de la Ley procesal laboral se alega infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en los artículos 83-2 y 83-3 del Estatuto de los Trabajadores.

Al respecto se señala que el 15 diciembre 2011 se suscribió el I Acuerdo Marco del Comercio, que se publicó en el Boletín Oficial del Estado del 20 febrero 2012.

En los artículos 2 y 3 de dicho Acuerdo Marco no se excluyen las actividades sujetas a los convenios colectivos del comercio textil y de la piel.



En consecuencia, considera la empresa recurrente que dicho Acuerdo Marco es aplicable a los dos convenios colectivos mencionados. En concreto, al convenio del comercio de la piel, que es el aplicable al establecimiento en que venía realizando su actividad la demandante.

Sigue señalando que el artículo 8 de dicho Acuerdo Marco ordena la negociación colectiva en el sector del comercio si bien dispone en su apartado 2 que las materias contenidas en tal Acuerdo Marco no podrán ser negociadas en ámbitos inferiores, quedando reservadas al ámbito estatal sectorial.

Señala asimismo que con posterioridad la comisión negociadora de dicho Acuerdo Marco en su reunión de 23 julio 2014 adoptó el acuerdo de incorporar al mismo un nuevo capítulo (VI) con un único artículo (el 35) que reguló la sucesión de empresas y la subrogación de actividades comerciales, regulando dicha materia sólo en el ámbito de la actividad encuadrada en el subsector del comercio al por menor llevado a cabo en el ámbito del retail aeroportuario en régimen de concesión, arrendamiento o cualquier otra modalidad jurídica similar.

Indica asimismo que el mencionado artículo 35 opera en todos los supuestos de sucesión o cambio de empresarios, aun cuando no exista transmisión patrimonial entre cedente y cesionario, como consecuencia del cambio de titularidad de la explotación comercial.

Añade que, aun cuando concurra con lo establecido en el artículo 42 del convenio colectivo del sector del comercio de la piel en general (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 19 agosto 2016), ello no entraría en contradicción con el referido Acuerdo Marco ya que aquí se limita a regular la subrogación convencional en la actividad del comercio minorista del retail aeroportuario, con las únicas excepciones contempladas en el artículo 3-2 del propio Acuerdo.

Como consecuencia de ello, considera la recurrente que la nueva empresa explotadora del referido local tendría que haberse subrogado en la relación laboral de la demandante, mencionando al respecto la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 abril 2016.

Para resolver la cuestión litigiosa debe partirse de que por Resolución de 2 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, se registró y publicó el I Acuerdo Marco del Comercio. Tal publicación tuvo lugar en el BOE de 20 febrero 2012.

Su art. 1 disponía que "*son partes firmantes del presente Acuerdo Marco del Comercio (en adelante AMAC), de una parte, como representación sindical, la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras (FECOHT-CC .OO.) y Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de la Unión General de Trabajadores (CHTJ-UGT); y de otra parte, como representación empresarial, la Confederación Española de Comercio (CEC), y la Asociación Madrileña de Empresarios de Alimentación y Distribución (LA UNICA).*

Ambas representaciones, sindical y empresarial, reiteran el reconocimiento mutuo de legitimación y representatividad como interlocutores en el ámbito estatal de negociación colectiva del sector de comercio en los términos expuestos en el ámbito funcional del presente acuerdo, al amparo del artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores "

Su art. 3 establecía que, en cuanto al ámbito funcional, "*El AMAC es de aplicación a las personas físicas o jurídicas cuya actividad (exclusiva o principal) sea desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro; utilizando o no, un establecimiento mercantil abierto; que consista en ofertar la venta de cualquier clase de artículos, bien sea al destinatario final (venta al detalle) o para su posterior venta (comercio al por mayor); tanto en nombre propio o de terceros; y que no estén afectadas por un ciclo de producción, aunque el producto pueda sufrir un acondicionamiento previo; siempre que estuvieran dentro del campo de aplicación de la extinta Ordenanza Laboral del Comercio".*

Añadía que "*quedan expresamente excluidas del ámbito del presente AMAC:*

a) Las empresas y trabajadores/as incluidos en el ámbito funcional del artículo 1 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (Boletín Oficial del Estado 5 de octubre de 2009).

b) Las empresas y trabajadores/as de actividades comerciales que estén recogidas en el convenio colectivo estatal de la Madera, al contar con una expresa regulación sectorial diferenciada en materia de estructura.

c) Las empresas y trabajadores/as de actividades comerciales recogidas en los acuerdos marcos estatales de industria de la panadería y el acuerdo marco estatal de pastelería, confitería, bollería, heladería artesanal y platos cocinados, al contar con una expresa regulación sectorial diferenciada en materia de estructura.

3. Cualquier posible conflicto de concurrencia con las empresas de comercio del metal se resolverá de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 del Acuerdo estatal del sector del metal en su redacción definitiva (Boletín Oficial del Estado de 4 de febrero de 2008)".



Así pues, entre las exclusiones para la aplicación del referido Acuerdo Marco no se encontraba ni el ámbito del comercio de la piel y el calzado, ni tampoco el ámbito del comercio textil.

Ello significa que las previsiones del Acuerdo Marco resultan vinculantes para las empresas dedicadas a ambos sectores del comercio mencionados: tanto del calzado, como del textil.

El art. 4, referido al "ámbito territorial", disponía que "será de aplicación en todo el ámbito del territorio español".

El art. 8, bajo el epígrafe de "Ordenación de la negociación colectiva en el sector", disponía que "1. Al amparo de lo previsto en el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, las partes firmantes acuerdan establecer la estructura de la negociación colectiva en el sector que estará conformada por: el presente Acuerdo Marco de Comercio, los convenios estatales y/o interprovinciales de sectores existentes, los convenios colectivos sectoriales de Comunidad Autónoma y/o provinciales y los convenios colectivos de empresa.

2. Las materias contenidas y reguladas en el presente acuerdo no podrán ser negociadas en ámbitos inferiores, quedando reservadas al ámbito estatal sectorial. Con carácter exclusivo para los convenios colectivos estatutarios estatales e interprovinciales de subsectores del comercio y para los de empresa vigentes a la fecha de la firma del presente acuerdo, expresamente se delega en las comisiones negociadoras de los mismos para que, respetadas las normas de concurrencia y aplicación, incluyan y negocien en su ámbito cómo debe trasponerse el contenido de este acuerdo marco y como se entienden cumplidas las normas del presente primer acuerdo marco. Caso de discrepancias será la comisión paritaria sectorial del AMAC quien determinará su aplicación".

... Será siempre preferente el presente AMAC, frente a otros posibles acuerdos marcos autonómicos; ya que el sector de comercio es global, teniendo un carácter y regulación que deben de ser estatal y uniforme para todo el territorio".

... 6. Además de lo dispuesto en el artículo 84.4 del Estatuto de los Trabajadores, las partes firmantes acuerdan negociar como materias propias del presente AMAC las siguientes:

9. Estabilidad en el empleo".

De lo transcrito se desprende lo siguiente:

A) Que las previsiones del Acuerdo Marco son aplicables a los ámbitos del comercio de la piel y el calzado, así como al del comercio textil.

B) Que el contenido del Acuerdo Marco prevalece sobre lo pactado en convenios colectivos de ámbito inferior.

C) Que las comisiones negociadoras de los convenios colectivos de ámbito inferior vienen obligadas a incluir y negociar la transposición del Acuerdo Marco a su ámbito propio.

D) Que, en caso de discordancia entre el Acuerdo Marco y los convenios colectivos, se aplicará el Acuerdo Marco.

E) Que expresamente se incluye, como materia propia del Acuerdo Marco, lo relativo a la " Estabilidad en el empleo".

Posteriormente, por Resolución de 20 de octubre de 2014, de la Dirección General de Empleo, se registraron y publican los Acuerdos de modificación del I Acuerdo Marco de Comercio. Se publicaron en el BOE de 31 octubre 2014.

Entre esos Acuerdos figura el siguiente:

"Segundo.

Incorporar un nuevo capítulo VI de Empleo y Contratación con un único artículo, el 35 del Acuerdo Marco de Comercio, con el siguiente tenor literal:

"CAPÍTULO VI

Empleo y contratación

La difícil situación que atraviesa la actividad productiva y la sostenida caída del consumo privado se está reflejando en el mercado de trabajo con un fuerte ajuste del volumen de empleo en el conjunto del sector del comercio minorista y mayorista de nuestro país, que si bien afectó en un primer momento a la contratación temporal, pronto comenzó a incidir sobre el empleo indefinido.

Ante esta situación, el mantenimiento y la recuperación del empleo debe ser el objetivo prioritario de la negociación colectiva en el sector durante la vigencia del presente acuerdo, incidiendo en su estabilidad, sin



perjuicio de mantener un marco de contratación temporal que permita responder a las necesidades coyunturales de las actividades propias del sector.

En este contexto se deben articular instrumentos que permitan un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores, teniendo en cuenta que los mecanismos de adaptación internos son preferibles a los externos y a los ajustes de empleo.

A tal efecto, las partes se comprometen a intensificar sus trabajos a la vista de las modificaciones legales existentes en la materia y de acuerdo a lo dispuesto en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva firmado por CEOE y CEPYME en representación de los empresarios y por UGT y CCOO en representación de los trabajadores, para establecer en su caso compromisos concretos normativos y/u obligacionales en esta materia.

Con independencia de ello, y en función de las recomendaciones jurídicas y el análisis realizado por las partes, han considerado necesario en beneficio de la estabilidad en el empleo abordar como materia específica la sucesión de empresas y subrogación de actividades comerciales singulares en el sector del comercio minorista."

Artículo 35. Sucesión de empresas y subrogación de actividades comerciales.

Ámbito de afectación.

Las previsiones contenidas en el presente artículo en materia de subrogación de personal, serán únicamente aplicables a la actividad encuadrada en el subsector de comercio al por menor llevado a cabo en el ámbito del retail aeroportuario en régimen de concesión, arrendamiento o cualquier otra modalidad jurídica similar (contratas, subcontratas u otras).

Se entiende por Retail Aeroportuario, aquella actividad de comercio minorista que es realizada por una entidad empresarial en régimen de concesión, arrendamiento, o cualquier otra modalidad jurídica de índole similar, prestando un servicio consistente en la venta de cualquier clase de artículos en instalaciones aeroportuarias en los regímenes antedichos, y percibiendo por ello una contraprestación.

A los efectos del presente Acuerdo se entenderá por:

a) Trabajadores y trabajadoras afectados o beneficiarios del contenido del presente Acuerdo, los trabajadores efectivamente empleados por la empresa cedente en el momento de producirse la transmisión, cuyo vínculo laboral este realizado al amparo del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores . Sin que afecten las peculiaridades del vínculo contractual temporal o fijo, ni las específicas del desarrollo de la relación laboral respecto a jornada, categoría, etc.

En definitiva serán trabajadores y trabajadoras afectados por la subrogación, aquellos que estaban adscritos para desempeñar su tarea laboral en la empresa, centro de actividad o parte del mismo objeto de la transmisión, encontrándose estos ligados a una concesión, contrata, arrendamiento, o cualquier otra modalidad jurídica de índole similar mediante la cual se efectúe la explotación comercial de un espacio en el ámbito aeroportuario.

b) En cuanto a las empresas, será toda persona física o jurídica, sea cual sea su revestimiento jurídico, por tanto, individual o societaria, con o sin ánimo de lucro que desarrollen su actividad en el sector cualquiera que sea su titularidad y objeto social, estén actualmente constituidas o que puedan comenzar a operar durante su vigencia.

a. Empresa Principal o Cliente: Cualquier persona física o jurídica (en los términos expresados en el párrafo b) responsable directo de la toma de decisión en cuanto a la dispensación o no del servicio por parte del cedente o cesionario, con independencia de que sea titular o no en calidad de propietaria de las instalaciones o enseres necesarios para la prestación del mismo o lo sea por encomienda de su gestión en virtud de cualquier título.

b. Empresa Cedente: Cualquier persona física o jurídica (en los términos expresados en el párrafo b) que, por cualquiera de las causas previstas en el presente capítulo, pierda la cualidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte de estos, objeto del traspaso, transmisión, venta, arrendamiento, cesión.

c. Empresa Cesionaria: Lo será cualquier persona física o jurídica (en los términos expresados en el párrafo b) que, por cualquiera de las causas previstas en el presente capítulo, adquiera la cualidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de trabajo o la parte de estos que se constituya como unidad productiva, objeto del traspaso, transmisión, venta, arrendamiento, cesión o concesión.

Objeto de la subrogación convencional.

La subrogación en las relaciones laborales del personal operará en todos los supuestos de sucesión o cambio de empresario, aún cuando no exista transmisión patrimonial entre cedente y cesionario, como consecuencia del cambio de titularidad de la explotación comercial:



(...)

- Por lo que, lo dispuesto en este capítulo será de aplicación entre otros supuestos a:

a) *Transmisión derivada de la existencia de una manifestación contractual expresamente suscrita al efecto entre la empresa principal o cedente y cesionaria, entendiéndose por tal, cualquier acto jurídicamente relevante que pueda entrañar una modificación de la titularidad de la empresa: contrato de arrendamiento o cualquier otro, ya sea mercantil o civil, resolución administrativa o sentencia firme, incluso la cesión mortis causa.*

b) *Sucesión en la Concesión de la explotación de servicios y Concesiones Administrativas. En los supuestos de sucesión por concesiones Administrativas operará el presente capítulo con independencia de lo contemplado en el pliego de condiciones".*

Las previsiones que acaban de transcribirse, al haberse incorporado en el año 2014 al contenido de dicho Acuerdo Marco, son vinculantes para ambas empresas codemandadas, así como para la propia trabajadora demandante, al hallarse dentro del ámbito funcional de aplicación de dicho Acuerdo Marco.

Por otro lado, el supuesto aquí examinado encaja manifiestamente dentro de la previsión referida al " subsector de comercio al por menor llevado a cabo en el ámbito del retail aeroportuario en régimen de concesión, arrendamiento o cualquier otra modalidad jurídica similar", pues la actividad de ambas empresas ha venido o viene realizándose en un establecimiento abierto en el aeropuerto de Barajas a virtud de una concesión de su titular (AENA).

Además, se trata de sucesión o cambio de empresario sin que conste la existencia de transmisión de elementos materiales entre ambas empresas, por lo que resulta aplicable la consecuencia subrogatoria, ya que esta se predica de " todos los supuestos de sucesión o cambio de empresario, aún cuando no exista transmisión patrimonial entre cedente y cesionario, como consecuencia del cambio de titularidad de la explotación comercial".

En su escrito de impugnación Dismoda Comercio y Distribución SL señala que, mientras que la empresa Calzados Lamolla SA se regía por el convenio colectivo del comercio de la piel la empresa Dismoda Comercio y Distribución SL se rige por el convenio colectivo del comercio textil.

Sin embargo, esta aducción carece de relevancia, pues el referido Acuerdo Marco del Comercio es aplicable tanto al comercio de la piel y calzado como al comercio textil.

Por otro lado, señala la empresa impugnante que el Acuerdo Marco no es de aplicación directa, sino que se delegó en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos estatutarios de ámbitos inferiores para que incluyan y negocien en su respectivo ámbito la transposición del contenido del Acuerdo Marco.

Esta afirmación es cierta pero también lo es que en cualquier caso se establecía la prioridad y prevalencia aplicativa del Acuerdo Marco, de modo que, en caso de discordancia antinómica entre el Acuerdo Marco y los convenios colectivos de ámbito inferior, debía prevalecer y aplicarse el Acuerdo Marco, al menos en las materias en las que no se había previsto otra cosa. Y entre las materias en las que debía prevalecer el contenido del Acuerdo Marco figuraba expresamente lo relativo a la estabilidad en el empleo.

El art. 83 del Estatuto de los Trabajadores dispone que

"1. Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden.

2. Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.

Estas cláusulas podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en esta ley.

3. Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado 2, tendrán el tratamiento de esta ley para los convenios colectivos".

Por consiguiente, el tratamiento que debe darse al referido Acuerdo Marco debe ser el propio de un convenio colectivo de ámbito estatal, no pudiendo los convenios colectivos de ámbito inferior regular en perjuicio de los trabajadores (esto es, fijar condiciones peyorativas) aquellas materias en que el convenio colectivo estatal lo ha excluido expresamente, por haber reservado su regulación al propio convenio estatal.

Esto es justo lo que sucede en relación con la materia de estabilidad en el empleo, y por tanto en lo relativo a la subrogación empresarial en caso de cambio de titularidad.

No es trasladable al presente caso lo señalado en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 octubre 2013 (rec 110/2012) en el sentido de que en un Acuerdo Marco se hayan fijado sólo "reglas sobre la estructura de la negociación colectiva", pues en el presente caso el Acuerdo Marco del Comercio no se ha limitado a fijar reglas estructurales de la negociación colectiva -a modo de lo que la doctrina ha denominado "convenio para convenir"-, sino que, antes al contrario, actuando como un verdadero convenio colectivo estatal el Acuerdo Marco ha regulado materias laborales concretas, con carácter vinculante y estableciendo su prevalencia y prioridad aplicativa sobre los convenios colectivos de ámbito inferior (sin perjuicio de que éstos puedan concretar o detallar de manera más específica las previsiones del Acuerdo Marco, pero nunca incumpliendo ni contradiciéndolas).

En el presente caso se trata de una trabajadora de una tienda en el aeropuerto de Barajas.

El local en que trabajaba se dedicaba a tienda de calzado. AENA lo tenía alquilado a Calzados Lamolla SA.

El arrendamiento con la empresa de calzado concluye.

Entonces AENA alquila el local a otra empresa (Dismoda Comercio y Distribución SL), dedicada al comercio textil.

Por consiguiente, y como hemos dicho, son plenamente aplicables las reglas de dicho Acuerdo Marco del Comercio según las cuales:

"Las previsiones contenidas en el presente artículo en materia de subrogación de personal, serán únicamente aplicables a la actividad encuadrada en el subsector de comercio al por menor llevado a cabo en el ámbito del retail aeroportuario en régimen de concesión, arrendamiento o cualquier otra modalidad jurídica similar (contratas, subcontratas u otras).

Se entiende por Retail Aeroportuario, aquella actividad de comercio minorista que es realizada por una entidad empresarial en régimen de concesión, arrendamiento, o cualquier otra modalidad jurídica de índole similar, prestando un servicio consistente en la venta de cualquier clase de artículos en instalaciones aeroportuarias en los regímenes antedichos, y percibiendo por ello una contraprestación".

"La subrogación en las relaciones laborales del personal operará en todos los supuestos de sucesión o cambio de empresario, aún cuando no exista transmisión patrimonial entre cedente y cesionario, como consecuencia del cambio de titularidad de la explotación comercial".

Es cierto que, después de la aprobación del Acuerdo Marco del Comercio y de la modificación introducida en el año 2014, se han publicado los vigentes convenios colectivos provinciales del calzado (piel) y textil. Y también es verdad que en ellos no se introduce o transpone la citada previsión de la Modificación del Acuerdo Marco sobre "retail aeroportuario".

Así, el convenio colectivo del sector Comercio Textil (BOCAM de 2 diciembre 2017) establece que

"Art. 53. Cesión o traspaso de empresa.-El traspaso o venta de las empresas no será motivo de extinción de la relación laboral, quedando el nuevo empresario obligado a mantener, como mínimo, las condiciones económicas, sociales y laborales que los trabajadores venían disfrutando. De los cambios que se produzcan deberán darse notificación a los representantes de los trabajadores".

Y el convenio colectivo del Sector de Comercio de la Piel en General (y calzado) (BOCAM de 19 agosto 2016) dispone que

"Artículo 42.- CESIÓN O TRASPASO DE LA EMPRESA.- El cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por si mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos ínter vivos, el cedente y en su defecto el cesionario, está obligado a notificar dicho cambio a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida, respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas".

Pero ya hemos señalado que el Acuerdo Marco estatal del Comercio (así como su modificación producida en el año 2014) debe prevalecer en este punto sobre las previsiones contenidas en estos convenios colectivos provinciales.

Incluso podría considerarse que ni siquiera existe contradicción antinómica entre el Acuerdo Marco estatal del Comercio y los referidos convenios colectivos provinciales, toda vez que el Acuerdo Marco del Comercio (y su



modificación del año 2014) contempla un supuesto sumamente singular y específico (el cambio de titularidad de negocio en el ámbito del denominado "retail aeroportuario"), el cual supuesto no es contemplado por los convenios provinciales.

De modo que el hecho de que para que proceda la subrogación en este ámbito del "retail aeroportuario" no se requiera transmisión de elementos materiales entre la anterior y la nueva titular del negocio, no entra radicalmente en contradicción con lo dispuesto en los convenios colectivos provinciales, ya que (como hemos dicho) estos convenios colectivos de ámbito inferior prevén lo relativo a las ventas y traspasos de negocios en general, pero no contemplan específicamente el denominado "retail aeroportuario".

Por lo demás, la previsión del Acuerdo Marco estatal es más beneficiosa para los operarios que el régimen general de sucesión empresarial ex art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, y en consecuencia debe aplicarse dicho Acuerdo Marco al favorecer la estabilidad y el mantenimiento del empleo, que fue expresamente el designio que llevó a los negociadores de dicho Acuerdo Marco a incorporar la tan citada previsión sobre "retail aeroportuario".

Como consecuencia de todo lo expuesto, el recurso de suplicación debe estimarse, toda vez que la trabajadora demandante debió ser incorporada a su plantilla por la nueva adjudicataria del local en el aeropuerto de Barajas donde la operaria venía realizando su actividad. En definitiva, debió ser incorporada a su plantilla por Dismoda Comercio y Distribución SL desde el día 5 marzo 2017.

Y al no haberlo hecho así, debe considerarse que se produjo un acto de despido por parte de Dismoda Comercio y Distribución SL, el cual debe ser declarado improcedente al carecer de causa justificada, procediendo por tanto la condena de la citada empresa Dismoda Comercio y Distribución SL.

En cuanto a la empresa Calzados Lamolla SA procede su absolución, toda vez que actuó correctamente al considerar que su hasta entonces empleada (la aquí demandante) debía ser incorporada a su plantilla por la nueva adjudicataria del local (Dismoda Comercio y Distribución SL).

TERCERO.- Conforme al artículo 235-1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, *"La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social.*

Las costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso en defensa o en representación técnica de la parte, sin que la atribución en las costas de dichos honorarios puedan superar la cantidad de mil doscientos euros en recurso de suplicación..."

En el presente caso, al haber prosperado el recurso de suplicación no procede imposición de costas. En tal sentido, el Tribunal Supremo tiene establecido -en, por ejemplo, sentencia de 17 julio 1996 (rec 98/1996)- que la cuestión *"sobre la procedencia o no de la imposición de costas a la parte recurrida cuando se estima el recurso de suplicación... ha sido ya resuelta por la Sala en la sentencia de 18 de mayo de 1994 ... y en otras muchas entre las que pueden citarse las 12 de julio de 1993 y 26 de junio de 1994, que establecen que la parte vencida en el recurso a la que alude el artículo 232.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (actual art. 235-1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) es exclusivamente aquélla que hubiera actuado como recurrente y cuya pretensión impugnatoria hubiese sido rechazada; no, por tanto, la que hubiera asumido en el recurso la posición de recurrida, defendiendo, sin éxito, el pronunciamiento impugnado"*.

CUARTO.- En relación con el depósito para recurrir y la cantidad importe de la condena que en su caso haya tenido que consignar o avalar la parte recurrente en suplicación, se estará a lo dispuesto en los arts. 203 y 204 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, de modo que, al haberse estimado el recurso de suplicación, procede acordar la devolución a Calzados Lamolla SA del depósito una vez que la presente sentencia sea firme (art. 203-1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social); y al haberse absuelto a dicha recurrente Calzados Lamolla SA, se le devolverá la cantidad importe de la condena consignada para recurrir o se procederá a la cancelación del aval prestado, todo ello una vez que esta sentencia sea firme conforme al mencionado art. 203-1 de la Ley procesal laboral.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación formulado por Calzados Lamolla SA frente a la sentencia dictada por el juzgado de lo social nº 32 de Madrid de fecha 10 de noviembre de 2017, en autos nº 472/2017 de dicho juzgado, siendo partes recurridas Dismoda Comercio y Distribución SL y Dña. Adriana , en materia de Despido. En consecuencia, revocamos la sentencia recurrida.



Y en su lugar, manteniendo el pronunciamiento sobre improcedencia del despido contenido en la sentencia de instancia, declaramos que las consecuencias de tal despido improcedente han de ser asumidas por Dismoda Comercio y Distribución SL.

En consecuencia, la citada empresa Dismoda Comercio y Distribución SL deberá optar entre:

- a) La readmisión de la trabajadora en idénticas condiciones y con los mismos derechos que ostentaba antes de producirse el despido, debiendo además abonarle en tal caso una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (5 marzo 2017), sin perjuicio del descuento de lo que entre tanto hubiese percibido por cualquier otro empleo o colocación. O bien
- b) El abono de una indemnización de 2.875,59 euros (DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO EUROS, CON CINCUENTA Y NUEVE CÉNTIMOS). En tal caso, la opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha en que la parte actora cesó efectivamente en el trabajo.

La citada opción empresarial deberá ejercitarse dentro del plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia, sin esperar a la firmeza de la misma, mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría del Juzgado que dictó la sentencia de instancia (juzgado de lo social nº 32 de Madrid) -art. 110-3 de la LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL-.

En caso de no formularse dicha opción, se entenderá que procede la readmisión.

Se absuelve de responsabilidad, en relación con la pretensión por despido deducida en el presente procedimiento, a Calzados Lamolla SA.

Sin imposición de costas.

Se acuerda devolver a Calzados Lamolla SA, una vez que sea firme esta sentencia, el depósito efectuado para recurrir; y se acuerda asimismo devolverle, una vez que sea firme esta sentencia, la cantidad consignada para recurrir o proceder, en su caso, a la cancelación del aval prestado.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento número 2826000000051418.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.



Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el , por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ